GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG

COUR ADMINISTRATIVE

Numéro du rôle : 34319C
Inscrit le 8 avril 2014

Audience publique du 5 mai 2015

Appel formé par
l'Etat du Koweït
contre
un jugement du tribunal administratif du 26 février 2014 (n° 31955 du rôle)
dans un litige l'opposant à
une décision du directeur de l'administration des Contributions directes
en matière de restitution de retenues d'impôt

Vu l'acte d'appel, inscrit sous le numéro 34319C du rôle, déposé au greffe de la Cour administrative le 8 avril 2014 par Maître Esbelta DE FREITAS, avocat à la Cour, inscrite au tableau de l'Ordre des avocats à Luxembourg, au nom de l'Etat du Koweït, dirigé contre un jugement rendu par le tribunal administratif du Grand-Duché de Luxembourg le 26 février 2014 l'ayant débouté de son recours tendant à la réformation, sinon à l'annulation d'une décision du directeur de l'administration des Contributions directes du 15 octobre 2012 portant rejet de sa réclamation du 14 août 2012, complétée le 17 août 2012, à l'encontre des décisions de refus de remboursement de retenues à la source sur les revenus de capitaux émises par le bureau d'imposition Sociétés 1 de l'administration des Contributions directes en date du 14 mai 2012 ;

Vu le mémoire en réponse du délégué du gouvernement déposé au greffe de la Cour administrative le 6 mai 2014 ;

Vu le mémoire en réplique déposé au greffe de la Cour administrative le 6 juin 2014 par Maître Esbelta DE FREITAS pour compte de l'Etat du Koweit ;

Vu les pièces versées en cause et notamment le jugement entrepris ;

Le rapporteur entendu en son rapport, ainsi que Maître Esbelta DE FREITAS et Madame le délégué du gouvernement Monique ADAMS en leurs plaidoiries respectives à l'audience publique du 25 septembre 2014.

En date du 9 mai 2012, la société … s.à r.l. adressa au bureau d'imposition Sociétés 1 de l'administration des Contributions directes, ci-après désigné par le « *bureau d'imposition* », au nom et pour le compte de l'Etat du Koweït une demande de remboursement de retenues à la source prélevées sur des distributions de dividendes perçues par l'Etat du Koweït au cours de l'année 2011 de la part des sociétés de droit

luxembourgeois ... s.a. et … s.a..

Par deux décisions du 14 mai 2012, le bureau d'imposition refusa de faire droit à cette demande de restitution.

Par courrier de son mandataire du 14 août 2012, l'Etat du Koweït fit introduire une réclamation auprès du directeur de l'administration des Contributions directes, désigné ci-après par le « *directeur* », à l'encontre desdites décisions de refus de restitution.

Par décision du 15 octobre 2012, portant le numéro du rôle C 17846, le directeur statua sur la réclamation précitée de l'Etat du Koweït dans les termes suivants :

« *Vu la requête introduite le 17 août 2012 par les sieurs … et ..., au nom de l'ETAT DU KOWEÏT, pour réclamer contre une décision du bureau d'imposition Sociétés I rejetant en date du 14 mai 2012 une demande de remboursement de retenue d'impôt sur revenus de capitaux en relation avec des dividendes alloués par les sociétés ... et ... au cours de l'année 2011 ;*

Vu le dossier fiscal ;

Vu les paragraphes 228 et 301 de la loi générale des impôts (AO) ;

<u>Quant à la recevabilité</u>

Vu le § 252 AO ;

Considérant qu'il échet tout d'abord d'analyser la qualification à conférer à l'acte introduit par le réclamant en date du 17 août 2012 ;

Considérant que le réclamant, débiteur de l'impôt, fait grief au bureau d'imposition de ne pas lui avoir accordé une restitution d'un montant de ... euros ;

Considérant qu'en vertu des dispositions de l'alinéa 1 de l'article 149 L.I.R., le débiteur des revenus doit opérer la retenue d'impôt pour compte du bénéficiaire et est personnellement responsable de l'impôt qu'il a retenu ou qu'il aurait dû retenir ;

que suivant l'alinéa 2 du même article, le bénéficiaire des revenus est le débiteur de l'impôt ;

que le bénéficiaire des revenus ne peut pas introduire une réclamation contre le bulletin non écrit (« nicht förmlicher Steuerbescheid » suivant § 212 AO) portant fixation d'une retenue à la source sur revenus de capitaux qui seul est destiné au débiteur des revenus ;

Considérant que l'alinéa 1 du § 150 AO vise les cas où le remboursement d'impôts peut être exigé, partant où le droit au remboursement est établi et n'a qu'à être invoqué par le contribuable ;

qu'en vertu de l'alinéa 2 du même paragraphe, le bureau d'imposition compétent est obligé de matérialiser son refus de remboursement de l'impôt par un bulletin ;

qu'il s'ensuit que « l'existence du droit à restitution ne doit pas être établie à suffisance de droit au moment de la soumission de la demande de restitution par le contribuable, mais qu'il incombe au bureau d'imposition de statuer sur la réalité de ce même droit » (jugement tribunal administratif du 23 juillet 2003, n° rôle 15907) ;

Considérant que les droits des créanciers de revenus de capitaux sont réglés par le § 152 (2) n° 1 AO (études fiscales, Jean Olinger, nos 81/82/83/84/85, page 73) ;

qu'en l'occurrence le réclamant qui est le bénéficiaire des revenus de capitaux, peut contester la retenue opérée en soumettant une demande de restitution ;

Considérant qu'en l'espèce, le réclamant a soumis une telle demande de restitution

en date du 9 mai 2012 au bureau d'imposition ;

Considérant qu'il s'ensuit que le bulletin daté du 14 mai 2012 et communiquant la décision du refus de remboursement pour un montant total de … euros de la part du bureau d'imposition ouvre donc le droit à une réclamation devant le directeur des contributions sur base du § 235 n°5 AO ;

<u>Quant au fond</u>

Considérant qu'en vertu du § 243 de la loi générale des impôts, une réclamation régulièrement introduite déclenche d'office un réexamen intégral de la cause, sans égard aux conclusions et moyens du requérant, la loi d'impôt étant d'ordre public ;

Considérant qu'il ressort du dossier fiscal du réclamant qu'il a demandé le remboursement intégral d'une retenue de 15% sur des dividendes luxembourgeois qui lui ont été alloués en 2011 par les sociétés ... et … ;

Considérant qu'en date du 9 mai 2012, le réclamant a présenté une demande de remboursement pour des dividendes distribués par les sociétés ... et … au cours de l'année 2011 ;

que les dividendes alloués se composent comme suit :

Date	*Dividende*	*Retenue 15%*
14 mars 2011 / ...	…	…
14 juin 2011 / ...	…	…
12 septembre 2011 / ...	…	…
27 avril 2011 / ...	…	…
Total retenue :		…

Considérant qu'en guise de motivation, le réclamant fait valoir que le refus de rembourser la retenue litigieuse au réclamant constituerait une infraction au droit communautaire et notamment une restriction discriminatoire à la libre circulation des capitaux ;

Considérant qu'il expose avoir touché les dividendes des deux sociétés par l'intermédiaire d'une « autorité publique d'investissement dénuée de personnalité morale », dénommée « Kuwait Investment Office » ;

Considérant que dans sa requête introductive du 9 mai 2012, le réclamant invoque l'applicabilité des dispositions de l'article 147 numéro 2 lettre c) L.I.R. et déplore le fait que la retenue litigieuse constituerait pour lui « une charge fiscale finale » en raison de son exemption personnelle à un impôt quelconque au Koweït tandis que l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg ne subirait pas de retenue dans la mesure de l'application des dispositions de l'article 147 numéro 2 lettre c) L.I.R. ;

Considérant en premier lieu que l'objectif primordial du régime des sociétés mère et filiales est de permettre à la société mère d'encaisser en exemption d'impôts les dividendes en provenance de sa filiale afin d'éviter une multiple imposition économique du même revenu ;

que la « double imposition économique des dividendes au niveau des sociétés de capitaux risquait de freiner gravement la concentration des entreprises et la formation de groupes de sociétés de capitaux. Historiquement, le régime des sociétés mère et filiales a été institué en Allemagne (« Schachtelprivileg ») dans le but d'assurer la neutralité fiscale des groupes d'entreprises (...). Ce principe de neutralité fiscale implique en particulier que les dividendes puissent remonter de la filiale vers la société mère en exonération fiscale. (...) » (Roger Molitor, Études fiscales Sociétés mère et filiales, mai 2009) ;

Considérant que le but du système d'exonération fiscale du privilège société mère et filiales est donc de permettre à des sociétés pleinement imposables d'éviter la double imposition économique de dividendes, d'une part, dans le chef de la société distributrice et, d'autre part, dans le chef de l'actionnaire de la société distributrice ;

Considérant que même si la retenue litigieuse représente une charge fiscale définitive pour le réclamant, il n'en est pas moins que le réclamant ne subit pas une double imposition économique à éviter par le régime des sociétés mère et filiales ;

Considérant que l'article 147 L.I.R. prévoit une condition de détention directe d'un seuil de participation minimum d'au moins 10% ou un prix d'acquisition minimal de 1.200.000 euros ;

Considérant qu'en l'espèce, bien que les conditions quant au seuil minimum de participation visé par l'article 147 numéro 2 L.I.R. soient remplies, il n'en reste pas moins qu'il n'est d'abord pas litigieux que le réclamant n'a pas détenu directement la participation dans les sociétés ... et ..., mais par l'intermédiaire d'une autorité publique d'investissement, comme le réclamant l'a d'ailleurs relevé à plusieurs reprises ;

qu'une des conditions requises par l'article 147 L.I.R., notamment la détention directe d'une participation dans un organisme à caractère collectif éligible, n'est dès lors pas remplie en l'espèce ;

Considérant plus précisément encore que l'article 147 L.I.R. prévoit l'exemption de la retenue d'impôt prévue à l'article 146 L.I.R. des revenus alloués par un organisme à caractère collectif résident pleinement imposable et revêtant une des formes énumérées à l'annexe de l'article 166, alinéa 10, ou par une société de capitaux résidente pleinement imposable non énumérée à l'annexe de l'article 166, alinéa 10, aux organismes à caractère collectif énumérés à l'article 147 numéro 2, lettres a) à h) L.I.R. ;

Considérant que les dispositions de l'article 147 numéro 2 L.I.R. visent notamment les revenus alloués à :

« a) un autre organisme à caractère collectif visé par l'article 2 de la directive modifiée du Conseil des CEE du 23 juillet 1990 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mère et filiales d'Etats membres différents (90/435/CEE) ;

b) une autre société de capitaux résidente pleinement imposable non énumérée à l'annexe de l'article 166, alinéa 10 ;

c) l'Etat, aux communes, aux syndicats de communes ou aux exploitations de collectivités de droit public indigènes ;

d) un établissement stable d'un organisme à caractère collectif visé aux lettres a, b ou c ;

e) un organisme à caractère collectif pleinement imposable à un impôt correspondant à l'impôt sur le revenu des collectivités qui est un résident d'un Etat avec lequel le Grand-Duché de Luxembourg a conclu une convention tendant à éviter les doubles impositions, ainsi qu'à son établissement stable indigène ;

f) une société de capitaux qui est un résident de la Confédération suisse assujettie à l'impôt sur les sociétés en Suisse sans bénéficier d'une exonération ;

g) une société de capitaux ou une société coopérative qui est un résident d'un Etat, partie à l'Accord sur l'Espace économique européen (EEE) autre qu'un Etat membre de l'Union Européenne et qui est pleinement imposable à un impôt correspondant à l'impôt sur le revenu des collectivités ;

h) un établissement stable d'une société de capitaux ou d'une société coopérative qui est un résident d'un Etat, partie à l'Accord sur l'Espace économique européen (EEE) autre qu'un Etat membre de l'Union européenne » ;

Considérant que le requérant ne figure pas parmi ces organismes à caractère collectif éligibles ;

Considérant encore que le réclamant fait valoir que le refus de rembourser la retenue litigieuse constituerait une restriction discriminatoire à la libre circulation des capitaux ;

Considérant que l'article 63 TFUE s'oppose à toutes les restrictions aux mouvements de capitaux entre les Etats membres et entre les Etats membres et les pays tiers ;

Considérant toutefois qu'en vertu de l'article 64 TFUE, l'article 63 ne porte pas atteinte à l'application, aux pays tiers, des restrictions existant le 31 décembre 1993 en vertu du droit national ou du droit de l'Union en ce qui concerne les mouvements de capitaux à destination ou en provenance de pays tiers lorsqu'ils impliquent des investissements directs, y compris les investissements immobiliers, l'établissement, la prestation de services financiers ou l'admission de titres sur les marchés de capitaux ;

Considérant que la Cour de Justice des Communautés Européennes a jugé dans les affaires C-101/05 du 18 décembre 2007 et C-384/09 du 5 mai 2011 « que la notion de restriction existant le 31 décembre 1993 suppose que le cadre juridique dans lequel s'insère la restriction en cause ait fait partie de l'ordre juridique de l'Etat membre concerné d'une manière ininterrompue depuis cette date. En effet, s'il en était autrement, un Etat membre pourrait, à tout moment, réintroduire des restrictions aux mouvements de capitaux à destination ou en provenance d'Etats tiers qui existaient dans l'ordre juridique national le 31 décembre 1993, mais qui n'ont pas été maintenues » ;

Considérant que l'exonération de la retenue pour les revenus alloués à l'Etat, des communes, aux syndicats de communes ou aux exploitations de collectivités de droit public indigènes, existait déjà dans la législation nationale avant la date du 31 décembre 1993 ;

Considérant toutefois que la question d'une restriction existante éventuelle par rapport aux pays tiers n'est pas à trancher en l'espèce, l'article 64 TFUE n'obligeant pas les Etats membres à abroger les restrictions aux mouvements de capitaux à destination ou en provenance d'Etats tiers qui existaient le 31 décembre 1993 ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la retenue est due en vertu des articles 146 et 148 L.I.R. ».

A l'encontre de cette décision directoriale de rejet, l'Etat du Koweït fit introduire un recours en réformation, sinon en annulation par requête déposée au greffe du tribunal administratif le 18 janvier 2013.

Dans son jugement du 26 février 2014, le tribunal administratif reçut le recours principal en réformation en la forme, le rejeta comme étant non fondé, dit qu'il n'y avait pas lieu de se prononcer sur le recours subsidiaire en annulation et condamna l'Etat du Koweït aux dépens.

Par requête déposée au greffe de la Cour administrative le 8 avril 2014, l'Etat du Koweït a fait régulièrement relever appel de ce jugement du 26 février 2014.

Il expose liminairement que la réserve nationale de l'Etat du Koweït, gérée par la *Kuweit Investment Authority* et le *Kuwait Investment Office*, est divisée entre le *General Reserve Fund*, qui représente le compte général de l'Etat du Koweït, auquel est allouée chaque année la balance budgétaire de l'année fiscale, qu'elle soit excédentaire ou déficitaire, le *Future Generation Fund*, auquel sont alloués annuellement 10% des revenus perçus par l'Etat du Koweït et le *Ministry of Finance Fund*, auquel peuvent être alloués, sur décision du Ministère des Finances koweïtien, d'autres actifs détenus par l'Etat du Koweït. L'allocation des actifs détenus par l'Etat du Koweït aux différents fonds mentionnés ci-dessus ne représenterait pour l'Etat du Koweït qu'un jeu d'écritures comptables d'une catégorie d'actifs à une autre, sans qu'un transfert de propriété juridique ou économique ne doive avoir lieu, les différents actifs représentant la prédite réserve nationale restant la propriété juridique et économique directe de l'Etat du Koweït. La *Kuweit Investment Authority*, constituée par la loi sous la forme d'une autorité publique d'investissement autonome, distincte de l'Etat du Koweït, est placée sous la tutelle du ministère des Finances koweïtien qui lui a délégué la gestion des actifs détenus par l'Etat du Koweït et a créé une succursale au Royaume-Uni, le *Kuwait Investment Office*. La *Kuweit Investment Authority* ne dispose en aucun cas personnellement des actifs composant les réserves prévisées qui restent la propriété juridique et économique de l'Etat de Koweït, les relations entre eux étant partant similaires à celles existant entre un gestionnaire d'actifs et un investisseur ayant placé ses actifs dans un compte dénué de personnalité juridique. Il précise enfin que la totalité des actifs gérés par la *Kuweit Investment Authority*, respectivement le *Kuwait Investment Office*, sont exonérés de tout impôt au Koweït puisque ces actifs constituent la propriété directe de l'Etat du Koweït.

En ce qui concerne le litige sous analyse, l'Etat du Koweït explique avoir investi dans plusieurs sociétés résidentes luxembourgeoises, à savoir la société ... s.a. et la société … s.a., ces investissements ayant généré durant l'année 2011 des dividendes qui ont été soumis à la retenue à la source luxembourgeoise de 15 %, applicable aux revenus de capitaux perçus par des contribuables non-résidents. Par ailleurs, l'Etat du Koweït précise que le prix d'acquisition de sa participation dans ces sociétés aurait été maintenu durant une période ininterrompue de 12 mois à un niveau supérieur à 1,2 million euros.

L'Etat du Koweït considère que la législation luxembourgeoise applicable quant au prélèvement d'une retenue à la source sur les dividendes distribués à des personnes morales de droit public étrangères sans possibilité de remboursement constituerait une infraction au droit communautaire et, plus précisément, une restriction discriminatoire à la libre circulation des capitaux prévue par l'article 63 de la version consolidée du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (ci-après « *TFUE* »).

A partir des articles 146 (1) et 147 (2) de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu, en abrégé « *LIR* », l'appelant constate ainsi que des dividendes distribués par une société pleinement imposable résidant au Luxembourg en faveur de l'Etat luxembourgeois ou d'une autre collectivité publique de droit luxembourgeois ne sont pas soumis à une quelconque retenue à la source, sous réserve que les conditions prévues à l'article 147 LIR soient remplies, dont essentiellement un seuil de participation minimum de 10 % ou un prix d'acquisition minimum de 1,2 million d'euros et une durée de détention ininterrompue de 12 mois, alors qu'en revanche dans l'hypothèse d'une distribution de dividendes par une société luxembourgeoise à l'Etat du Koweït, ces dividendes sont soumis à une retenue à la source en vertu de l'article 146 (1) LIR, sans possibilité d'exemption. Or, comme les dividendes sont perçus par l'Etat du Koweït même, ceux-ci ne sont soumis à aucune imposition au Koweït, de sorte que la retenue à la source

luxembourgeoise constitue pour l'Etat du Koweït une charge fiscale finale.

L'appelant conclut dès lors qu'une personne morale de droit public d'un Etat membre autre que le Luxembourg ou d'un Etat tiers à l'Union européenne percevant des dividendes d'origine luxembourgeoise est soumise à un régime fiscal plus défavorable qu'une personne morale de droit public luxembourgeois se trouvant dans une situation identique. La disposition de l'article 147 (2) c) LIR instaurerait partant une discrimination contraire au droit communautaire en privant les dividendes distribués par une société résidente luxembourgeoise à l'Etat du Koweït du régime fiscal préférentiel accordé aux dividendes distribués par une société résidente luxembourgeoise à l'Etat luxembourgeois.

A cet égard, l'Etat du Koweït s'empare des jurisprudences de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), dont il résulterait qu'une différence de traitement entre une situation purement domestique et une situation transfrontalière constituerait une restriction aux libertés fondamentales lorsque la situation des contribuables résidents et non-résidents sujets à cette différence serait objectivement comparable. Il énumère un certain nombre d'arrêts de la CJUE relativement à des situations de dividendes sortants alloués à des actionnaires non résidents pour en déduire que, si les sociétés bénéficiaires résidentes d'un autre Etat membre ne se trouvent en principe pas nécessairement dans une situation comparable à celle des sociétés bénéficiaires résidentes de l'Etat de source à l'égard des mesures prévues par ce dernier afin de prévenir ou d'atténuer l'imposition en chaîne, la situation des desdites sociétés non résidentes se rapprocherait de celle des sociétés résidentes à partir du moment où un Etat membre, de manière unilatérale ou par voie conventionnelle, assujettit à l'impôt sur le revenu non seulement les sociétés résidentes, mais également les sociétés non résidentes, de manière qu'un actionnaire non résident recevant une distribution de dividendes serait dans une situation comparable à celle d'un actionnaire résident notamment dans le cas où ils exercent une activité économique comparable. Ce serait partant à tort que le tribunal a retenu que si l'Etat koweïtien était *prima facie* dans une situation comparable à celle de l'Etat luxembourgeois en ce qu'il s'agissait de deux Etats nationaux ayant investi dans les mêmes sociétés résidentes, cette comparabilité cesserait nécessairement face à l'impôt luxembourgeois dans la mesure où l'Etat koweïtien agirait en l'espèce non pas en tant que puissance étatique souveraine, mais en tant qu'opérateur économique, partant de contribuable soumis à l'impôt sur le revenu de capitaux et débiteur de cet impôt, tandis que l'Etat luxembourgeois est exonéré de la retenue à la source et de l'impôt en sa qualité de bénéficiaire de l'impôt sur le revenu de capitaux.

En se référant aux travaux parlementaires relatifs à la LIR, l'Etat du Koweït considère que l'article 147 LIR, en prévoyant l'application de l'exemption de retenue à l'Etat luxembourgeois par analogie, assimilerait ce dernier pour les besoins de ce régime d'exemption à un acteur économique et que cette assimilation devrait jouer de la même manière en faveur d'autres Etats poursuivant la même activité et se trouvant ainsi dans une situation objectivement comparable s'agissant de dividendes de source luxembourgeoise. En outre, une modification de l'article 147 LIR opérée à travers une modification législative du 19 décembre 2008 aurait déjà rendu applicable l'exemption de la retenue sur dividendes aux fonds souverains étrangers.

Dans la situation de l'espèce, il faudrait dès lors admettre que les Etats luxembourgeois et koweïtien seraient des personnes morales de droit public exerçant une activité économique comparable en leur qualité d'investisseurs en portefeuille dans le capital de différentes sociétés luxembourgeoises, de sorte que l'Etat du Koweït subirait en matière de distribution de dividendes un traitement différent de celui dont bénéficie l'Etat luxembourgeois nonobstant sa situation objectivement comparable. Il serait ainsi soumis à une double imposition économique, résultant de l'imposition de la société distributrice sur les bénéfices distribués et du prélèvement d'une retenue à la source non remboursable de

15% lors de la distribution, qui serait cependant évitée dans le chef de l'Etat luxembourgeois par le biais de l'article 147 (2) LIR et partant à une imposition finale plus lourde que celle supportée par l'Etat luxembourgeois.

L'Etat du Koweït rappelle encore que constitueraient des mouvements de capitaux au sens de l'article 63 (1) TFUE l'acquisition de titres sur le marché des capitaux effectuée dans la seule intention de réaliser un placement financier sans intention d'influer sur la gestion et le contrôle de l'entreprise, que la libre circulation des capitaux serait d'application directe dans les relations entre les Etats membres et les pays tiers et que devraient être qualifiées de restrictions au sens de l'article 63 (1) TFUE des mesures nationales qui sont susceptibles de dissuader les investisseurs des autres Etats membres ou d'Etats tiers d'investir dans le capital des entreprises concernées.

Il considère en outre qu'il détiendrait, contrairement aux développements afférents dans la décision directoriale, une participation directe dans les deux sociétés luxembourgeoises en cause dans la mesure où la *Kuweit Investment Authority* serait responsable de la gestion des actifs, mais ne pourrait pas être considérée comme étant le propriétaire juridique ou économique des actifs dans lesquels l'Etat du Koweït investit.

L'Etat du Koweït, sur base de ce raisonnement, estime partant que le fait que la législation luxembourgeoise prévoit une retenue à la source sur les distributions de dividendes à des personnes morales de droit public étrangères, alors que des distributions de dividendes à des personnes morales de droit public luxembourgeoises sont exemptées de cette même retenue, constituerait une restriction discriminatoire à la libre circulation des capitaux.

Pour le surplus, l'Etat du Koweït considère que l'exception prévue par l'article 64 (1) TFUE, au vœu duquel l'article 63 TFUE ne porte pas atteinte aux restrictions à la libre circulation des capitaux, lorsque les mouvements de capitaux impliquent des investissements directs en provenance de pays tiers et si les restrictions reposent sur un régime existant au 31 décembre 1993 en vertu du droit national ou du droit de l'Union européenne, ne pourrait pas s'appliquer à l'égard de l'article 147 LIR même si cette disposition était déjà en vigueur avant le 31 décembre 1993. En effet, alors même que le TFUE ne définit pas la notion de l'investissement direct, la CJUE aurait restreint cette notion aux investissements de toute nature servant à créer ou à maintenir des relations durables et directes entre le bailleur de fonds et l'entreprise à qui ces fonds sont destinés en vue de l'exercice d'une activité économique. Les investissements de l'Etat du Koweït auraient par contre pour but d'effectuer des placements des excédents financiers issus de l'exploitation des réserves de pétrole de la région afin d'atteindre certains objectifs de rentabilité à plus ou moins long terme, de manière qu'il agirait en tant qu'investisseur de portefeuille à dimension mondiale dont les avoirs seraient gérés activement par des gestionnaires d'actifs dans le but d'une certaine performance. Cette finalité d'une certaine rentabilité et l'insuffisance des niveaux des participations pour l'exercice d'un quelconque contrôle auraient pour conséquence d'exclure pour ces investissements la qualification comme investissements directs, de sorte que l'une des deux conditions cumulatives pour l'application de l'article 64 (1) TFUE ne se trouverait pas vérifiée en l'espèce.

Toujours sur base de la jurisprudence de la CJUE qui aurait consacré que les libertés fondamentales garanties par le TFUE seraient d'application directe dans les législations des Etats membres et auraient primauté sur toute disposition légale nationale, l'Etat du Koweït relève qu'en vertu du principe de la primauté du droit communautaire, les dispositions du traité et les actes des institutions directement applicables auraient pour effet, dans leurs rapports avec le droit interne des Etats membres, « *de rendre inapplicable de plein droit, du fait même de leur entrée en vigueur, toute disposition contraire de la législation nationale existante* » et qu'en conséquence, le juge national chargé d'appliquer, dans le cadre de sa

compétence, les dispositions du droit communautaire, aurait l'obligation d'assurer le plein effet de ces normes « *en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure, sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel* ». Dès lors, les distributions de dividendes réalisées par les prédites sociétés luxembourgeoises à son profit devraient être sujettes au remboursement de la retenue à la source indûment perçue au titre de l'année d'imposition 2011, dans la mesure où les autres conditions, liées aux modalités de détention des participations, telles que prévues par l'article 147 LIR seraient remplies. Estimant que le refus de pouvoir bénéficier de cette possibilité constituerait une restriction à la libre circulation des capitaux garantie par le TFUE, qui ne serait ni justifiée, ni proportionnée aux buts recherchés par l'Etat luxembourgeois, l'Etat du Koweït sollicite le remboursement des retenues à la source indûment prélevées en 2011 sur les distributions de dividendes effectuées à son profit.

L'Etat du Koweït conclut que, si besoin en était, la Cour devrait soumettre à la CJUE une question préjudicielle relative à la compatibilité de l'article 147 (2) c) LIR avec l'article 63 TFUE.

L'article 63 (1) TFUE dispose que « *dans le cadre des dispositions du présent chapitre, toutes les restrictions aux mouvements de capitaux entre les États membres et entre les États membres et les pays tiers sont interdites* ».

Cette disposition consacre ainsi la liberté fondamentale de la libre circulation des capitaux dans les échanges à la fois entre Etats membres et entre Etats membres et Etats tiers.

Cependant, abstraction même faite de la question préliminaire de savoir si un Etat tiers peut invoquer à son propre profit cette liberté fondamentale bénéficiant *a priori* essentiellement aux individus et aux entreprises, toujours est-il que « *le principe de non-discrimination, qu'il trouve son fondement dans l'article 12 CE ou dans les articles 39 CE, 43 CE ou 56 CE* [actuellement l'article 63 TFUE], *exige que des situations comparables ne soient pas traitées de manière différente et que des situations différentes ne soient pas traitées de manière égale* » (CJUE 26 avril 2012, aff. jointes C-578/10 à C-580/10, Van Putten). Il s'ensuit que celui qui invoque un traitement discriminatoire contraire à l'article 63 TFUE qu'il aurait subi par rapport à une autre personne doit se trouver dans une situation comparable à celle de cette dernière afin de pouvoir utilement invoquer la libre circulation des capitaux.

Or, dans le cadre sous examen, si l'Etat koweïtien est *prima facie* dans une situation comparable à celle de l'Etat luxembourgeois, s'agissant de deux Etats nationaux ayant investi dans les mêmes sociétés résidentes, cette comparabilité cesse nécessairement face à l'impôt luxembourgeois. En effet, l'Etat luxembourgeois revêt la double qualité d'investisseur dans des sociétés luxembourgeoises qui perçoit les revenus produits par ses investissements, en l'occurrence les dividendes du chef de ses participations dans des sociétés luxembourgeoises, et de puissance publique nationale jouissant de la souveraineté fiscale pour taxer toute matière imposable présentant un lien avec le pays, dont notamment les dividendes distribués par des sociétés luxembourgeoises en faveur des investisseurs à travers une retenue à la source. Or, dans la mesure où les dividendes lui alloués par des sociétés luxembourgeoises lui reviennent de toute façon intégralement, l'Etat luxembourgeois peut valablement décider de ne pas percevoir ces mêmes dividendes à hauteur de 85% sous cette qualification et à hauteur de 15% sous forme d'une retenue à la source, mais de les recevoir intégralement sous le qualificatif de dividendes en dispensant la société débitrice luxembourgeoise de l'obligation de prélever la retenue à la source, d'autant plus que l'Etat luxembourgeois n'est pas tenu de s'assujettir lui-même à une imposition de ses revenus en sa qualité de bénéficiaire de l'impôt sur le revenu des collectivités. Par contre,

comme il le soutient lui-même, l'Etat du Koweït agit similairement à un investisseur étranger qui, de ce fait, subit la retenue d'impôt luxembourgeoise et qui pourra imputer cette dernière sur sa charge d'impôt définitive dans son pays de résidence seulement d'après les conditions prévues par la convention préventive de double imposition applicable ou de la législation interne de l'Etat de résidence. Tout comme une exonération d'impôt en faveur d'un investisseur privé, le fait que l'Etat du Koweït ne s'est pas lui-même assujetti à une imposition de ses revenus d'investissement, de manière que la retenue d'impôt luxembourgeoise a l'effet d'une imposition définitive, n'est pas de nature à obliger l'Etat de la source des dividendes, en l'occurrence le Luxembourg, à faire abstraction du prélèvement de la retenue d'impôt dans la mesure où celle-ci correspond à l'exercice d'une compétence fiscale propre à l'Etat de source sur toutes les distributions qui ne sont pas attribuées à lui-même.

Il est vrai que la CJUE a déjà décidé que si les sociétés bénéficiaires résidentes d'un autre Etat membre ne se trouvent en principe pas nécessairement dans une situation comparable à celle des sociétés bénéficiaires résidentes de l'Etat de source à l'égard des mesures prévues par ce dernier afin de prévenir ou d'atténuer l'imposition en chaîne, la situation desdites sociétés non résidentes se rapprocherait de celle des sociétés résidentes à partir du moment où un Etat membre, de manière unilatérale ou par voie conventionnelle, assujettit à l'impôt sur le revenu non seulement les sociétés résidentes, mais également les sociétés non résidentes, de manière qu'un actionnaire non résident recevant une distribution de dividendes serait dans une situation comparable à celle d'un actionnaire résident notamment dans le cas où ils exercent une activité économique comparable. Or, en premier lieu, l'Etat luxembourgeois ne peut pas être considéré comme exerçant exclusivement une activité économique comparable à celle de l'Etat du Koweït en ce qu'il est également titulaire de la souveraineté fiscale nationale par rapport à des distributions de bénéfices à partir de sociétés luxembourgeoises. Pour le surplus, l'article 147 LIR ne prévoit des exemptions de la retenue d'impôt sur les dividendes que dans le cadre du régime d'exemption entre sociétés mères et filiales, en cas d'identité de personne entre le débiteur et le bénéficiaire des revenus et en faveur de certains organismes d'investissement collectifs, de manière que l'Etat du Koweït ne peut pas non plus utilement prétendre à être assimilé à l'un des bénéficiaires de ces exemptions. Il s'y ajoute que l'article 150 LIR limite les droits de restitution de la retenue d'impôt sur les dividendes à des organismes, œuvres ou collectivités poursuivant des buts considérés globalement comme relevant de l'intérêt général, condition qui ne se trouve pas vérifiée dans le chef de l'Etat du Koweït.

L'argument de l'appelant relatif à l'assimilation de l'Etat luxembourgeois à un acteur économique par l'article 147 (2) c) LIR ne saurait pas non plus être accueilli. En effet, les travaux parlementaires relatifs à la LIR précisent que « *l'exonération s'applique par analogie aux participations de l'Etat* » (projet de loi sur l'impôt sur le revenu, doc. parl. 571[4], commentaire des articles, p. 293). Or, une analogie est d'une manière générale le rapport existant entre des choses ou entre des personnes qui présentent certains caractères communs, mais qui ne sont pas identiques, voire similaires par ailleurs. Ainsi, l'article 147 (2) c) LIR ne peut pas être interprété comme ayant entièrement assimilé l'Etat luxembourgeois à un investisseur privé, mais doit être compris comme ayant étendu le régime d'exemption de retenue à son profit en raison de certaines similitudes de sa situation par rapport à la finalité d'une exemption. En effet, alors que l'investisseur privé bénéficie sous certaines conditions de l'exemption afin de prévenir une double imposition économique, l'Etat profite de la même mesure afin de prévenir une division artificielle du revenu des dividendes dont il est appelé à bénéficier entièrement. Ces deux situations ont ainsi pour point commun l'inopportunité du prélèvement de la retenue d'impôt quoique pour des motifs différents et ne sont pas assimilables pour le surplus.

Il découle de l'ensemble des développements qui précèdent que l'Etat du Koweït ne

peut pas utilement invoquer à son profit la libre circulation des capitaux consacrée par l'article 63 TFUE pour contester le refus de lui restituer les retenues d'impôt litigieuses. Eu égard à cette conclusion, il devient surabondant d'examiner si la disposition de l'article 147 (2) c) LIR peut bénéficier de l'exception prévue par l'article 64 (1) TFUE. De même, l'argumentation de l'appelant tendant à voir soumettre à la CJUE une question préjudicielle quant à la conformité de l'article 147 (2) c) LIR avec l'article 63 TFUE est inopérante.

Par voie de conséquence, l'appel est à rejeter comme étant non fondé et le jugement entrepris est à confirmer en ce qu'il a retenu que l'Etat du Koweït ne peut pas se prévaloir utilement de la libre circulation des capitaux, abstraction faite de la question du caractère justifié de l'autre motif sur lequel le tribunal s'est basé.

PAR CES MOTIFS

la Cour administrative, statuant à l'égard de toutes les parties en cause,

reçoit l'appel du 8 avril 2014 en la forme,

au fond, le déclare non justifié et en déboute,

partant, confirme le jugement entrepris du 26 février 2014,

condamne l'appelant aux dépens de l'instance d'appel.

Ainsi délibéré et jugé par:

Serge SCHROEDER, premier conseiller,
Lynn SPIELMANN, conseiller,
Martine GILLARDIN, conseiller.

et lu à l'audience publique du 5 mai 2015 au local ordinaire des audiences de la Cour par le premier conseiller, en présence de la greffière de la Cour Anne-Marie WILTZIUS.

s. WILTZIUS s. SCHROEDER

Reproduction certifiée conforme à l'original
Luxembourg, le 29 mai 2016
Le greffier de la Cour administrative